

ELIO R. BELFIORE

INCANDIDABILITÀ/DECADENZA
E PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ DELLA SANZIONE PENALE ^(*)

SOMMARIO: 1. Le norme di riferimento. – 2. Le questioni giuridiche. – 3. La premessa. – 4. La natura dell'incandidabilità/decadenza. – 5. L'incandidabilità e la decadenza come effetti penali della condanna. – 6. L'irretroattività dell'incandidabilità/decadenza

1. *Le norme di riferimento*

L'art. 1, comma 1 d. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, prevede che “non possono essere candidati e non possono comunque ricoprire la carica di deputato e di senatore coloro che hanno riportato condanne definitive (...)”.

L'art. 3 dello stesso decreto stabilisce che “qualora una causa di incandidabilità di cui all'articolo 1 sopravvenga o comunque sia accertata nel corso del mandato elettivo, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione. A tal fine le sentenze definitive di condanna di cui all'articolo 1, emesse nei confronti di deputati o senatori in carica, sono immediatamente comunicate, a cura del pubblico ministero presso il giudice indicato nell'articolo 665 del codice di procedura penale, alla Camera di rispettiva appartenenza”.

Gli artt. 1 e 3 prevedono quindi casi di incandidabilità originaria e casi di incandidabilità sopravvenuta, su cui è intervenuto un ampio dibattito¹.

L'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 235/2012, a ridosso della previsione dell'art. 15, comma 1, secondo cui l'incandidabilità (di cui al testo unico in commento) opera anche nel caso in cui la sentenza definitiva disponga l'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*, precisa che l'effetto dell'incandidabilità discende dalle sentenze di patteggiamento pronunciate successivamente all'entrata in vigore del testo unico.

Il d. lgs. n. 235/2012 non contiene altre disposizioni di diritto intertemporale, nemmeno tra le norme transitorie.

^(*) Il contributo trae spunto da una intervista rilasciata alla dott.ssa Flavia Palomba e trasmessa da Telefoggia il 14 novembre 2013.

¹ Dibattito di taglio spesso più politico che giuridico, avendo interessato la posizione del Senatore Silvio Berlusconi.

2. Le questioni giuridiche

Il primo interrogativo da risolvere concerne l'ambito di applicazione della misura, cioè a quali fatti la disciplina sia applicabile.

Si pone innanzi tutto la questione della retroattività: il principio risponde alla domanda a quali casi la norma debba essere applicata. In particolare, "col sintagma "efficacia di una norma nel tempo" si allude all'arco di tempo in cui deve verificarsi la fattispecie prevista ("F") perché ne seguano le conseguenze giuridiche stabilite ("S")².

Poiché solo nella materia penale il divieto di retroattività (che riguarda sia il precetto sia la sanzione) rappresenta un principio *non derogabile* (art. 25, comma 2, Cost.), e presuppone l'irretroattività della "nuova" legge penale (art. 2 c.p.), ineludibile è la risposta al quesito circa il carattere (penale o meno) della incandidabilità/decadenza³.

I profili problematici riguardano quindi:

- a) la natura della misura ed il grado di severità della stessa;
- b) la retroattività della misura.

3. La premessa

Prima di riprendere le fila del dibattito che si è articolato attorno al tema della retroattività della sanzione, vorrei aggiungere un mio personale punto di vista, che muove dal fatto che non bisogna dimenticare come – sia pure in vista della tutela dell'"immagine" e del "prestigio" dell'organo di rappresentanza politica – l'incandidabilità e la decadenza dall'ufficio comprimano pur sempre un diritto costituzionalmente garantito: quello di elettorato attivo e passivo.

² M. GAMBARDELLA, "Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 CEDU)", in *Arch. pen.*, 2014, n. 1 (in www.archiviopenale.it), 1.

³ Secondo la chiara definizione di Gallo e di Insolera (*Severino, come leggere la retroattività*, in *Corriere della Sera*, 3 settembre 2013), "c'è retroattività se la norma si applica anche a vicende costituite, in tutto o in parte, da elementi, di fatto o di diritto, necessari ad una determinata conseguenza giuridica, verificatisi prima dell'entrata in vigore della norma stessa. Verificatisi prima, cioè quando il soggetto destinatario delle conseguenze giuridiche non poteva calcolare tali elementi in quanto condizionanti determinati effetti, si da regolarsi a ragion veduta. Anche a superare tutte le perplessità di cui sopra si è fatto cenno, c'è un limite che non può essere superato senza attento, approfondito esame: la legge Severino deve essere letta come se disponesse la propria retroattività? Senza dubbio non lo fa in modo immediato e diretto. Può darsi che ad una conclusione affermativa si arrivi dalle pieghe dei suoi commi. Se così stessero le cose questo sarebbe il vero, assai serio, appunto da muovere alla legge stessa. L'eccezione, così importante, ad una regola così importante, come quella della irretroattività della legge, non dovrebbe essere enunciata in maniera criptica, per allusioni ed ammiccamenti ma proclamata in tutta chiarezza, in modo immediato e diretto".

Proprio la compressione di un tale diritto costituzionalmente garantito comporterebbe – a mio avviso – l'impossibilità di far dipendere il giudizio morale sull'indegnità di una persona chiamata a sedere in Parlamento da una sentenza penale di condanna individuata sulla base del solo livello sanzionatorio (si deve trattare – secondo il punto c) dell'art. 1 d.lgs. n. 235/2012 – di condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la reclusione non inferiore nel massimo a 4 anni, determinata ai sensi dell'art. 278 c.p.p. che impone di tenere conto degli aumenti di pena derivanti dalle c.d. circostanze ad effetto speciale).

Se così è, si potrebbe disporre l'incandidabilità e/o la decadenza dall'ufficio di parlamentare anche per coloro che si sono resi responsabili di delitti di opinione e siano esponenti del dissenso politico.

Si può essere indegni senza avere mai riportato sentenze penali di condanna e si può essere degni, pur essendo stati condannati.

Negli ordinamenti di tradizione liberale, in linea teorica il giudizio sulla moralità della persona, e sulla moralità politica in particolare, non dovrebbe essere ritagliato (o del tutto ritagliato) sulla violazione di una legge penale, quale che sia.

Il punto di riferimento non dovrebbe essere il livello sanzionatorio della condanna, bensì la qualità del reato commesso.

Coloro che ritengono che la misura dell'incandidabilità così come la decadenza possano retroagire, spiegano queste misure non già come sanzione, bensì come assenza di un requisito normativamente previsto, indispensabile ai fini dell'eleggibilità.

Si tratterebbe in altri termini di una "qualità" personale del tutto assimilabile, ad esempio, a quella dell'età.

Senonché, quand'anche in termini giuridici nulla impedisca di considerare l'incandidabilità e la decadenza non come sanzione ma come assenza di un requisito normativamente previsto per l'eleggibilità, rimane però pur sempre da rilevare che non si tratta di una condizione simile a quella espressa da altri dati personali richiesti per accedere al Parlamento, come l'età.

Ed infatti, mentre l'età dipende da fattori naturali legati alla maturazione psicofisica del soggetto, altra cosa è invece l'indegnità morale ricollegata ad una sentenza di condanna.

Questo giudizio di indegnità morale legato alla sentenza di condanna, dal punto di vista concettuale, rimane inevitabilmente un ulteriore effetto sanzionatorio della condanna stessa.

Il richiamo ai temi etici, inoltre, potrebbe determinare il risultato di dirottare l'attenzione su questioni generali connesse a concezioni morali, che finiscono, come tali, con l'allontanare il *focus* del dibattito dall'alveo strettamente giuridico: un

giudizio di immoralità renderebbe infatti superflua ogni obiezione di carattere giuridico⁴.

Non solo.

Come tutte “le misure interdittive dell’ agire politico”, anche questa viene a colpire “un terzo innocente”, ovvero “la massa dei soggetti titolari del diritto di elettorato attivo che hanno espresso la loro volontà”⁵

4. La natura dell’incandidabilità/decadenza

A favore dell’irretroattività della normativa in tema di incandidabilità e di decadenza dal ruolo di parlamentare milita il carattere indubbiamente punitivo ed afflittivo di questo tipo di interdizione, a prescindere dalla sua qualificazione formale.

Tale chiave di lettura trova specifico riscontro nella giurisprudenza della CEDU, che, come noto⁶, guarda più alla sostanza afflittiva della misura che non alla sua denominazione formale.

Ed infatti, già a partire dagli anni Ottanta, la CEDU ha più volte ribadito che “liberi i singoli ordinamenti di qualificare formalmente un fatto o una sanzione come ‘penale’ o ‘amministrativa’ o come disciplinare, e altrettanto libero il legislatore nazionale di mutare queste ‘etichette’: senza tuttavia che ciò vincoli più di tanto la Corte nell’inquadramento del fatto e della sua disciplina. La qualificazione formale ‘ufficiale’ rappresenta un punto di partenza importante, ma non decisivo: l’autonoma qualificazione della fattispecie ne terrà conto come di una possibile *ratio cognoscendi*, ma passerà anche attraverso l’applicazione di altri criteri”.

La c.d. teoria autonomista fa sì che il riconoscimento del carattere penale di una sanzione si orienti al *finalismo* ricostruito in termini di “dissuasione” e “repressione”, secondo un modello squisitamente “punitivo”⁷.

In altri termini, al di là delle qualificazioni formali, una sanzione è “penale” quando ha un carattere marcatamente afflittivo orientato alla prevenzione generale e speciale.

⁴ V.N. D’ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c’è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1 (in www.archiviopenale.it), 19.

⁵ M. GALLO, G. INSOLERA, *Severino, come leggere la retroattività*, in *Corriere della Sera*, 3 settembre 2013; cfr. anche C. SANTORIELLO, *Il movente politico come criterio esegetico della norma penale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1 (in www.archiviopenale.it), 9.

⁶ Sul punto si consenta di rinviare al nostro *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

⁷ Si veda la giurisprudenza della Corte europea in relazione alla confisca “urbanistica” (caso Varvara c. Italia del 29 ottobre 2013) ed alla custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*) nel diritto tedesco (caso M. c. Germania del 17 dicembre 2009).

La Corte insiste particolarmente su un'idea di sanzione penale concepita come strumento di controllo successivo ma *pre-conosciuto* in modo da poter assolvere una funzione preventiva.

La natura penale della misura si evince anche dal fatto che la sua applicazione è condizionata ad un provvedimento, quale la sentenza definitiva di condanna, che presuppone il raggiungimento del livello massimo di certezza processuale⁸.

Un ulteriore argomento a favore della natura penale della incandidabilità/decadenza⁹ è dato dal comma 3 dell'art. 15 d.lgs. n. 235/2012, che disciplina gli effetti della sentenza di riabilitazione, richiamando l'art. 178 c.p., secondo cui quest'ultima estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna.

Analogamente, l'aumento di un intero terzo della durata della misura della incandidabilità/decadenza, nel caso in cui il reato sia commesso con abuso di poteri o in violazione dei doveri, nel riprodurre la tecnica di previsione delle circostanze aggravanti (sub specie art. 61, n. 9 c.p.) conferma la natura afflittiva della stessa¹⁰.

In senso contrario si è affermato che l'incandidabilità/decadenza non abbia una vocazione punitiva, in quanto mirerebbe a tutelare invece l'onorabilità delle istituzioni alle quali non hanno diritto di partecipare soggetti la cui condotta antisociale e deviante è stata accertata con una sentenza di condanna definitiva¹¹.

Quanto alla gravità della sanzione, mi pare che nel caso in esame non ci siano dubbi.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha precisato, con riferimento all'art. 3 del Protocollo n. 1, che il diritto alle libere elezioni comprende anche i diritti soggettivi di elettorato attivo e passivo: il "margine di apprezzamento" riconosciuto agli Stati in ordine alla limitazione di tali diritti non può spingersi sino a "compromettere la loro propria essenza e privarli di effettività", mentre i mezzi impiegati non devono essere sproporzionati¹².

⁸ V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è*, cit., 20. *Contra*, nel senso che la sentenza di condanna passata in giudicato è l'unico aspetto penalmente rilevante, cosa che "non rende però di uguale natura anche la sanzione *de quo agitur*, in quanto la stessa, a ben considerare, non svolge tanto la funzione di punire il soggetto, quanto piuttosto quella di tutelare l'organo di appartenenza del parlamentare condannato" A. MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1 (in www.archiviopenale.it), 10 s.

⁹ V. N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è*, cit., 21.

¹⁰ V. N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è*, cit., 22.

¹¹ O. MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla "legge Severino")*, in *Arch. pen.*, n. 1 (www.archiviopenale.it), 7.

¹² Pakas c. Lituania, 6 gennaio 2011.

5. L'incandidabilità e la decadenza come effetti penali della condanna

Per altro verso, si può affermare che l'incandidabilità e la decadenza costituiscono, se non sanzione in senso proprio, effetti penali della condanna.

Questi ultimi, come noto, appartengono ad una categoria non definita dal codice, pur essendo richiamati da diverse norme (ad es., art. 2, comma 2, in materia di successione di leggi penali; art. 12, n. 1, in materia di riconoscimento di sentenze penali straniere; art. 178 in ordine agli effetti della riabilitazione).

L'art. 20 c.p., al pari dell'art. 178 c.p., distingue le pene accessorie dagli altri effetti penali della condanna, escludendo la coincidenza tra le due tipologie.

In assenza di una definizione della categoria, in via interpretativa, si distinguono due orientamenti: per un verso si includono nel concetto di "effetti penali" tutte le ripercussioni afflittive derivanti dalla sentenza di condanna, diverse dalle pene accessorie; per l'altro, si richiamano tutte le conseguenze che trovano nella sentenza di condanna il proprio presupposto, a prescindere dall'automaticità dell'applicazione.

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite abbraccia una concezione estensiva, ascrivendo alla nozione di "effetto penale" ogni conseguenza che derivi *ope legis* dalla condanna, senza che sia richiesta alcuna valutazione da parte di chi sia obbligato a prenderne atto, restandone vincolato¹³.

L'appartenenza della incandidabilità/decadenza al novero degli effetti penali della condanna troverebbe conferma nell'art. 15, comma 3, d.lgs. n. 235/2012, secondo cui la sentenza di riabilitazione, ai sensi degli art. 178 e ss. c.p. (che si riferisce alle pene accessorie ed agli effetti penali), è l'unica causa di estinzione anticipata della incandidabilità e ne comporta la cessazione per il periodo di tempo residuo¹⁴.

Non rileverebbe in senso contrario l'argomento secondo cui l'art. 15, comma 2, d.lgs. n. 235/2012 distingue l'incandidabilità dall'interdizione dai pubblici uffici conseguente alla operatività delle pene accessorie e delle misure di prevenzione o di sicurezza. Gli effetti penali della condanna, infatti, non solo non sono tassativamente elencati, ma di norma non sono nemmeno oggetto di specifica regolamentazione; sicché la loro disciplina è affidata a poche disposizioni, sparpagliate nel codice penale, e la linea di demarcazione introdotta dalla disposizione in questione rispetto alle pene accessorie non ne esclude il carattere di effetto penale.

¹³ Cass. Sez. Un. pen. 27 settembre 2013, n. 40109, la quale, con riguardo all'art. 622 c.p.p., ritiene che l'*incipit* contenente l'inciso "fermi gli effetti penali della sentenza", non implica necessariamente un riferimento ad un "accertamento" della responsabilità penale.

¹⁴ La revoca della sentenza di riabilitazione comporta il ripristino dell'incandidabilità per il periodo di tempo residuo.

Come ricordato da Giorgio Spangher nel parere *pro veritate* richiesto in materia, la natura penale della incandidabilità è ribadita dalla circolare del Ministro degli Interni (n. 4/98 del 25 novembre 1998, – l. n. 16/92. Applicazione della pena su richiesta delle parti. Causa estintiva *ex art.* 445 c.p.p.)¹⁵, “la quale – con chiarezza – attribuisce nel 1998 alla misura *de qua* almeno il carattere di un effetto penale della sentenza. Infatti, il provvedimento ministeriale mette in evidenza come il comportamento del patteggiante per il tempo di cui al comma 2 dell’art. 445 c.p.p. determini effetti estintivi dell’ineleggibilità, anche più ampi (estinzione del reato) rispetto alla riabilitazione”¹⁶.

6. L’irretroattività dell’incandidabilità/decadenza

La questione della retroattività della disciplina della incandidabilità/decadenza interessa il contrasto non tra il contenuto normativo della c.d. legge Severino ed il tessuto costituzionale, bensì tra quest’ultimo e l’applicazione del d.lgs. n. 235/2012.

Si discute se il divieto di retroattività abbia come parametro il reato commesso da cui dipende la causa di incandidabilità/decadenza; la qualifica di “candidato” o di “parlamentare”; la sentenza di condanna che accerta la responsabilità penale¹⁷.

Secondo una tesi, la normativa si applicherebbe anche a colui che ha assunto la qualifica di parlamentare in elezioni tenutesi prima dell’entrata in vigore della legge Severino¹⁸.

Si è sostenuto infatti che l’art. 3 d.lgs. n. 235 del 2012 non contrasta sotto il profilo strutturale con l’art. 25, comma 2, Cost., né con l’art. 7 CEDU attraverso il parametro costituzionale dell’art. 117, comma 1, Cost.: solo che non sarebbe corretto, dal punto di vista dell’applicazione della legge, far operare la sanzione della incandidabilità sopravvenuta retroattivamente rispetto ad alcune vicende concrete¹⁹ (col che, però, si finisce con l’ammettere la natura sanzionatoria della misura).

In tale prospettiva il problema della retroattività verrebbe collegato non tanto al reato presupposto della condanna, bensì a quest’ultima: l’eventuale retroattività non riguarderebbe un istituto penalistico, e non sarebbe quindi regolata dai principi di cui all’art. 25 Cost. ed 1 e 2 c.p.²⁰.

¹⁵ Cfr. in Gazzetta Ufficiale 7.12.1998 n. 286.

¹⁶ Cfr. in www.giurisprudenzapenale.com.

¹⁷ Si veda la ricostruzione di M. GAMBARDELLA, “Legge Severino”, cit., 7 s.

¹⁸ M. GAMBARDELLA, “Legge Severino”, cit., 9.

¹⁹ M. GAMBARDELLA, “Legge Severino”, cit., 6, che qualifica l’applicazione retroattiva dell’art. 3 della Legge Severino come un caso di *error in iudicando*.

²⁰ O. MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività*, cit., 5.

Per contro, va considerato che la sentenza di condanna costituisce un (mero) provvedimento di accertamento di un fatto (il reato) accaduto in precedenza (nel caso di specie, prima della promulgazione della legge che introduce la nuova sanzione).

La tesi che, facendo perno sulla natura sanzionatoria penale della misura rispetto al fatto di reato da cui dipende la sua applicazione, sostiene la validità della disposizione solo *pro futuro* è confortata peraltro dalla previsione dell'art. 3 d.lgs. n. 235 del 2012, il quale stabilisce che la causa di incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato elettivo parlamentare si trasforma in causa di decadenza e come tale viene dichiarata dalla Camera di appartenenza ai sensi dell'art. 66, comma 1, Cost.²¹.

Né una lettura in senso contrario può trovare fondamento nell'art. 16 d.lgs. n. 235/2012, nel senso che la previsione, stabilita per il patteggiamento, avrebbe proprio la funzione di differenziare da tutte le altre questa sentenza, cui riconoscere il carattere della retroattività.

La *ratio* della disposizione ben si comprende tenendo conto delle controversie che hanno accompagnato l'introduzione e l'applicazione della sentenza di patteggiamento in relazione alla sua equivalenza o meno alla sentenza di condanna. La previsione dell'art. 16 è probabilmente da ascrivere alla esigenza di prevenire il rinvigorirsi delle polemiche in ordine a tale profilo, limitatamente alla applicabilità della incandidabilità/decadenza a seguito di sentenza *ex artt.* 444 c.p.p.²².

Si potrebbe ritenere, analizzando il presupposto "a formazione progressiva" dell'applicazione della "misura", che esso sia costituito dal fatto costituente reato oggetto di sentenza definitiva di condanna e da quest'ultima: la violazione dei principi costituzionali si avrebbe allorché la sentenza intervenisse nei confronti di una persona divenuta parlamentare prima della entrata in vigore del d.lgs. n. 235/2012²³.

In altra prospettiva, sarebbe la commissione del reato (riconosciuto dalla sentenza di condanna, e non quest'ultima) a determinare in via automatica, cioè senza l'esercizio di alcuna valutazione discrezionale (in presenza dei presupposti), l'incandidabilità o decadenza del soggetto. La perdita di elettorato passivo che costituisce compromissione di un diritto dotato di protezione costituzionale (artt. 48 e 51), da questo punto di vista, rappresenta una modalità di sanzione per la commissione di determinati reati, puniti secondo certe modalità, e non può dunque operare nei confronti di condannati che abbiano commesso il reato precedentemente all'entrata in vigore della legge che quella sanzione prevede.

²¹ O. MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività*, cit., 3.

²² C. SANTORIELLO, *Il movente politico come criterio esegetico della norma penale*, cit., 4.

²³ M. GAMABERDELLA, "Legge Severino", cit., 9.

Come ricordato²⁴, la Corte costituzionale ha ribadito anche recentemente che «l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie»²⁵.

La Corte dei Diritti dell'uomo di Strasburgo ha di recente ammesso il ricorso del politico Marcello Maniscalco, escluso dalle liste elettorali regionali in Molise, nel febbraio del 2013.

Si tratta di una decisione significativa, nonostante non si tratti di pronuncia di merito, che può trovare conferma anche nel caso dell'analogo ricorso presentato dal senatore Silvio Berlusconi²⁶.

²⁴ V. N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è*, cit., 30.

²⁵ Corte cost., n. 230/2012, in *Giur. cost.*, 2012, 3440.

²⁶ Il sen. Berlusconi, a quanto risulta dalle notizie di stampa, ha presentato un ricorso a Strasburgo (Berlusconi contro Italia, ricorso n. 58428/13), invocando l'art. 7 della Convenzione europea, che vieta l'applicazione retroattiva della legge penale più sfavorevole, l'art. 3 del Protocollo n. 1 sul diritto a libere elezioni, congiuntamente all'art. 14, che sancisce il divieto di discriminazioni e dell'articolo 13 relativo al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.